LES CONTRATS DU CONSOMMATEUR

RAPPORT FRANÇAIS

Par Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université du Maine (Groupe de Recherche en Droit des Affaires), Secrétaire général adjoint de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française[1]

1. Absence de repentir du rapporteur faible - Lorsque le Président et le Secrétaire général de l'Association Henri Capitant démarchent de concert leur jeune adjoint pour qu'il accepte la charge d'un rapport dans un domaine dont il n'est guère familier, celui-ci en vient à rêver que les protections consuméristes lui soient rapidement étendues. En vain : privé de délai de réflexion, je n'ai pu exciper d'un quelconque droit de repentir pour me soustraire à un engagement *extorqué* par surprise ! Nul choix donc que de présenter ici les *traits caractéristiques* des "contrats du consommateur" après avoir formulé quelques observations préliminaires.

2. I. Un droit jeune - *Première observation* : la *matière* des contrats du consommateur est *à la fois jeune et en construction.*

Certes, elle puise *certains de ces préceptes à des sources reculées* : ainsi, le droit romain réprimait déjà certaines tromperies dans la vente ; un édit promulgué en 1481 par Louis XI énonçait des peines infâmantes à quiconque vendait du beurre non conforme ; une étroite protection du chaland sur les marchés toulousains aux 17° et 18° siècles a même pu être analysée comme l'ébauche d'un droit de la consommation[2] ; et que dire de la garantie des vices cachés contemporaine d'un Code civil "pilote" dont les articles 1641 et suivants furent longtemps reproduits dans le Code "suiveur" de la consommation[3] ?…

Mais sous ces *notables réserves*, le droit de la consommation est une *discipline* bien plus récente.

Sans remonter jusqu'à la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications, on en situe volontiers l'apparition au début des années 1960 aux États-unis. Chacun se souvient de l'exclamation du Président John Fitzgerald Kennedy[4]; "*Nous sommes*

tous des consommateurs", celui-ci appelant à la reconnaissance de nouveaux droits aux consommateur : d'être informé, entendu, ou encore de choisir librement.

Le "*consumerism*" porté par Ralph *Nader* allait par la suite gagner l'Europe dans les années 1970 et la France en particulier…

Les raisons de cette *déferlante consumériste* sont connues : naissance d'une *société de consommation* appelant l'institution de mesures préventives et collectives ; création de techniques de vente tendant à réduire le consommateur à l'état d' "*aliéné*" ; apparition de contractants économiquement puissants qui élaborent des contrats d'adhésion dans leur seul intérêt de sorte que *qui dit contractuel ne dit plus nécessairement juste*.

Dans *La Société de consommation*, Jean Baudrillard dénonçait dès 1970 sévèrement les "*accélérateurs artificiels*" de la consommation[5] : le "marketing" aurait disait-il pour seule finalité d'induire la demande, de masquer continuellement un processus de création de nouveaux besoins en suggérant un nouvel ordre de valeurs : *empto ergo sum*, je consomme donc je suis. Quant à la magie de la publicité, ce serait ni plus ni moins que de *"Donner envie à des gens qui n'en ont pas les moyens d'acheter une nouvelle chose dont ils n'avaient pas besoin dix minutes auparavant..."* selon la formule de Frédéric Beigbeder, lui-même ancien repenti[6]. Loin d'être *l'alpha* et *l'omega* du système libéral, le consommateur en serait une proie facile.

Sensibles à ces raisons, les consommateurs surent devenir une *force politique,* une "force créatrice de droit" afin de contribuer à l'édification d'une législation consumériste. *Pendante d'un droit du travail* né en réaction au Code civil avec un bon siècle d'avance sur le droit de la consommation, celle-ci envisage l'homme en tant qu'il consomme et non plus en tant qu'il met sa force de travail au service de son employeur mais elle participe d'un *esprit similaire*.

Car pluridisciplinaire, pragmatique, le droit de la consommation est à l'instar du droit social un droit *combattant*, tout entier tourné vers la protection.

Et ce droit s'est érigé par strates successives. *Rappelons les seules strates qui intéressent la sphère contractuelle* : la loi du 22 décembre 1972 relative au démarchage et à la vente à domicile[7] ; loi du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (dite loi Royer) et interdisant notamment la publicité trompeuse[8] ; lois

n° 78-22 et 78-23 du 10 janvier 1978 (dites Lois Scrivener) relatives au crédit à la consommation[9] et aux clauses abusives, la seconde ayant été substantiellement modifiée par une loi du 1er février 1995 de mise en conformité avec la directive du 5 avril 1993[10] ; loi du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier[11] ; loi du 6 janvier 1988 sur la vente à distance[12] ; loi du 31 décembre 1989 (dite Loi Neiertz) sur le surendettement, telle que refondue notamment par la loi du 8 février 1995 ; loi du 18 janvier 1992 sur la publicité comparative[13] ; loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions ; lois du 1er août 2003 (dite Loi Borloo) instituant le rétablissement personnel[14] et sur l'initiative économique (dite Loi Dutreil) ; loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; loi du 28 janvier 2005 tendant à renforcer la confiance et la protection du consommateur (dite Loi Chatel)[15] ; plusieurs ordonnances enfin : du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 relative à la garantie de conformité dans la vente[16], du 23 mars 2006 relative aux sûretés et réglementant le crédit garanti par une hypothèque rechargeable[17] et le prêt viager hypothécaire[18] ou tout récemment du 12 avril 2007 transposant la directive du 21 avril 2004 relative aux marchés d'Instruments financiers (dite "directive MIF").

Et ce *millefeuille législatif* a été codifié à droit constant dans un Code de la consommation par la loi du 26 juillet 1993 s'agissant de la partie législative et par un décret du 27 mars 1997 pour la partie réglementaire.

3. II. Un périmètre incertain - *Deuxième observation :* les *contours de ce droit sont diffus*, son périmètre est incertain ce qui rend difficile l'appréhension de ce qu'il faut entendre par "contrats du consommateur".

4. a) Notion de consommateur : 3 cercles concentriques - Le *premier versant* du thème *renvoie à une notion de consommateur* elle-même *mouvante*.

Consommation vient certes de "*consummare*"[19] qui signifie accomplir, achever, le consommateur étant en un sens celui qui achève le processus économique[20]. Au sens commun, *le consommateur est celui qui acquiert un bien ou un service destiné, par l'usure progressive ou la destruction de celui-ci, à satisfaire un besoin de l'homme*.

Mais c'est *l'absence de toute définition légale du consommateur au plan juridique qui fait cruellement défaut* : son identification commande pourtant en partie le périmètre du Code de la consommation. Une telle absence de définition est d'autant plus surprenante que des propositions avaient été formulées par la seconde commission de refonte du droit de la consommation[21]. Partisan d'une conception stricte, le Professeur Calais-Auloy proposait que le consommateur soit défini comme "*une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel*[22]**"**. Cette ambitieuse proposition de codification n'a pourtant pas eu le succès mérité.

Et de l'aveu même de ce spécialiste, le droit positif présente la vision confuse d'un "*édifice à géométrie variable*"[23] que la codification-compilation de 1993 n'a pas permis de rationaliser : chaque texte compilé a en effet conservé son périmètre d'origine, les *uns* profitant exclusivement aux consommateurs, les autres virtuellement à toute personne[24], d'autres encore au consommateur ainsi qu'au non-professionnel[25].

Et voilà que, louvoyant avec les directives communautaires qui se refusent à reconnaître aux personnes morales le bénéfice d'une quelconque protection, certains arrêts ont semblé admettre qu'une personne morale pourrait, en qualité de non-professionnel, bénéficier de la protection des clauses abusives quoiqu'elle ne fut point consommateur[26]…

Quant à faire profiter la personne physique professionnelle agissant hors de sa sphère de spécialité - donc réputée aussi ignorante qu'un consommateur - de la protection contre les clauses abusives, la solution est aujourd'hui connue : *la protection ne bénéficiera pas au contractant qui se procure des biens ou services ayant un "rapport direct" avec son activité professionnelle*[27] mais elle pourra - en théorie - profiter à celui qui se procure des biens ou services ayant un lointain rapport avec son activité professionnelle[28].

Que de nuances, que de subtilités alors que l'exigence de sécurité juridique supposerait une notion aux contours précis.

Sous la plume du regretté doyen Cornu, le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant, offre ici comme toujours, un guide sûr en se faisant justement l'écho de *3 cercles concentriques* : définissant le consommateur "*comme celui que protège*

le droit de la consommation", le Vocabulaire précise aussitôt que cette protection peut bénéficier, selon les cas, à *trois* catégories de personnes : "*1. Tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel ; 2. Tout bénéficiaire non professionnel de services fournis par des professionnels (assurance, publicité, voyage, conseil) ; 3. Englobe même dans un sens extensif les épargnants et accédants à la propriété (à l'occasion d'opérations immobilières)*".

Et c'est tout naturellement cette *conception en cercles concentriques et à géométrie variable* que nous retiendrons ici.

5. b) Contrats conclus en application d'un technique particulière ou présentant un risque patrimonial particulier - Le *second versant* du sujet recèle également une part de mystère : il a trait au *périmètre* des contrats pertinents.

En un sens, tous les contrats qui sont le support d'actes de consommation sont justiciables de certaines règles-cadres de droit de la consommation ainsi qu'on le verra[29].

Mais, pratiquement, le *noyau dur* de ce droit est constitué de deux séries de contrats suscitant une *protection particulière*. D'une part, les contrats conclus en application d'une *technique* particulière, jugée dangereuse par elle-même, par exemple à raison de la distance placée entre les contractants. D'autre part, les contrats qui, proposés par des professionnels, présentent un risque intrinsèque *patrimonial* avéré pour le consommateur[30], soit qu'ils soient directement régis par le Code de la consommation soit qu'ils le soient par d'autres normes (Code monétaire et financier, Code des assurances, Code de la construction et de l'habitation, etc.) : il en ira tout particulièrement de *l'emprunt, de l'achat immobilier, de la fourniture de services mais aussi par exemple de la souscription d'une assurance-vie, d'un placement ou d'un investissement*. Non sans malice, on notera que seul le risque *matrimonial* reste encore opportunément à l'écart : si la loi du 23 juin 1989 protège le consommateur de courtage matrimonial, c'est à raison du risque patrimonial que lui fait courir l'agence matrimoniale et non de ceux inhérents au mariage tant convoité… Pas encore donc de formulaire détachable de rétractation pour le jeune conjoint déçu ; en mariage trompe qui peut…

Et dans une société qui a horreur du risque, de nouveaux contrats tombent régulièrement dans l'escarcelle du consumérisme, lors même qu'ils ne seraient pas conclus par un consommateur *stricto sensu*… C'est depuis peu le cas du *cautionnement* qui expose la caution à un *risque patrimonial pour autrui* : aussi, la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003 a-t-elle fait bénéficier des protections consuméristes toute caution personne physique placée aux prises avec un créancier professionnel, et ce quand bien même le crédit garanti serait étranger au Code de la consommation et la caution avertie ou dirigeante[31].

Partant, *la qualité du contractant devient un critère privilégié d'application de la protection*[32], le consumérisme se *diffusant* de plus en plus à toute personne physique contractant par delà le seul achat de biens même durables de consommation. Le droit de la consommation *déborde* aujourd'hui très nettement le Code de la consommation[33] tandis que ses techniques se diffusent au-delà du strict cercle des consommateurs : *la caution, l'épargnant, l'investisseur, l'assuré, l'acquéreur d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers en appellent au "père législateur" pour les protéger*… Ce n'est là que la rançon d'un droit qui peine à se définir autrement que téléologiquement, par sa fonction de protection du consommateur.

6. III. Affinité avec la tradition civiliste - *Dernière observation* : cette diffusion des techniques consuméristes à des contrats et des contractants toujours plus nombreux suscite certes les passions : "le ver est dans le fruit" diront les uns, la protection de la partie faible "progresse" diront les autres… Mais elle s'explique peut être parce que les droits de tradition civiliste, droit français en tête, ont toujours fait de *l'équilibre* une vertu[34] et de la protection de la partie faible un enjeu, ceci à rebours des conceptions utilitaristes prédominant en pays de *common law*.

"*Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit*" disait Lacordaire. Est-il donc si étonnant que le système juridique qui a, tour à tour, théorisé l'abus de droit, mis en exergue la fonction sociale de la propriété ou encore analysé le contrat comme un microcosme ait été un terreau fertile pour une police consumériste des contrats ? Probablement pas.

Et si la France a exporté son Code civil par la force des baïonnettes, c'est au contraire *paisiblement* qu'elle a exporté son droit de la consommation : malgré tout, c'est peu dire que la communauté universitaire est généralement frileuse de se réclamer de cette conquête consumériste, précisément perçue comme une remise en question de l'héritage du Code civil. La France est pourtant *pionnière* en la matière et la Faculté de droit de Montpellier fut la première au monde à créer un Centre de droit de la consommation dès 1975. Quant à la contribution française à l'essor de cette branche du droit, elle est si indiscutable que le droit *français a souvent précédé et influencé les directives communautaires* ; la tendance semble toutefois s'être inversée dans la période récente, la locomotive Bruxelloise ayant atteint sa vitesse de croisière sur les rails d'un "niveau élevé de protection des consommateurs" : un *projet de directive sur le crédit à la consommation*, maintes fois remis sur le métier, devrait être prochainement l'occasion pour la Commission de renforcer la protection des emprunteurs à la consommation dans l'Union européenne, ceci afin de lutter contre d'hypothétiques entraves à la libre circulation.

Cette *exigence ancienne de protection de la partie faible* explique également mieux que le droit français soit d'avance disqualifié dans des Rapports *Doing business* de la Banque Mondiale qui font généralement plus de cas du banquier que du consommateur ; et il n'est sans doute pas étranger à ce que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, porté par le Professeur Pierre Catala, soit disposé à faire remonter certaines règles protectrices au droit commun, notamment le principe d'une interprétation du contrat non négocié en faveur de la partie dominée[35]…

7. Deux faces d'une même médaille - Fort de ces observations, il convient à présent de brosser à grands traits *le tableau nécessairement incomplet du droit français des contrats du consommateur*.

A ce titre, il m'a semblé que, contrairement au droit contractuel classique, celui-ci *s'ordonnait largement* autour d'une vision *manichéenne* des rapports contractuels tout entière dictée par la qualité de chaque contractant. Le législateur consumériste n'a de cesse de *différencier le traitement du contractant consommateur de celui du contractant professionnel*, et ce dans un double objectif.

Premier objectif, le législateur cherche à, *affranchir,* libérer, émanciper, la volonté d'un consommateur supposé faible de l'emprise de son contractant professionnel.

Second objectif *symétrique* du précédent, ce même législateur s'évertue à *encadrer*, canaliser la volonté dudit professionnel afin que celle-ci n'œuvre pas à rebours des préoccupations consuméristes.

Deux poids, deux mesures en quelque sorte quant à la liberté contractuelle des parties au contrat…

Je présenterai donc successivement ces deux aspects qui ne sont que les deux *faces indissociables d'une même médaille* ; aussi, je traiterai :

- En premier lieu, du coté ***pile*** : **l'affranchissement** de la volonté du consommateur (**I.**) ;
- En second lieu, du coté ***face*** : **l'encadrement** de la volonté du professionnel (**II.**).

*****

I. L'AFFRANCHISSEMENT DE LA VOLONTÉ DU CONSOMMATEUR

8. Paternalisme consumériste - Que constate-t-on du *coté pile*, celui du consommateur ? Que *tout est pensé pour que sa volonté individuelle soit libre, affranchie de toute contrainte*. Le consommateur y apparaît sous les traits d'un *quasi mineur* qu'il s'agirait de sauvegarder tant contre lui-même que contre les dangers d'un monde pour lequel il ne serait guère préparé.

Cette facette du droit de la consommation recèle un important volant "paternaliste" : le législateur se substitue à la Providence pour *protéger le consommateur du marché* et lui tendre la main même lorsqu'il a semblé vouloir s'engager ; seul importe de *le garder des risques patrimoniaux* auxquels son contrat l'expose.

Et c'est dans ce but que législateur - et jurisprudence dans une moindre mesure - collaborent afin d'affranchir la volonté du consommateur.

9. Plan - Or, s'il est compréhensible que *cet affranchissement opère en vue d'un accord* ***éclairé*** *des volontés* (**A**), il est nettement plus surprenant que *cet affranchissement puisse opérer en dépit de la survenance d'un tel accord de volontés qui se trouve nettement* ***précarisé*** (**B**).

A - Un accord éclairé

10. Vers une volonté de contractée libérée et éclairée au soutien du droit commun - *Première dimension* de cet affranchissement de la volonté du consommateur : *celle qui tend à un accord éclairé des volontés.*

D'après le législateur consumériste, la volonté du consommateur n'est ni réellement libre de ne pas contracter, ni suffisamment éclairée. Il convient donc

d'assurer et la liberté et la densité du *vouloir* juridique : la perspective reste alors celle du droit commun des contrats.

A cet effet, sa volonté doit être libérée non seulement de la **tentation** (**1**) mais encore de **l'ignorance** (**2**).

1°) Une volonté libérée de la tentation

11. Adam, Ève et la pomme - Il *convient d'abord de libérer le consommateur de la tentation.* Car *le co*nsommateur dans le marché, c'est un peu Adam dans le Jardin d'Eden à qui Ève, le marché, présente la pomme à croquer.

Et c'est pourquoi *le législateur français est intervenu pour réguler les stratégies de séduction de nature à exercer une pression trop forte sur la liberté de ne pas contracter du consommateur*[36]. Surtout, cette réglementation pourrait être prochainement renforcée : un projet de loi[37] en faveur des consommateurs a été présenté en conseil des ministres le 8 novembre 2006 qui se propose "*d'adapter le Code de la consommation aux nouvelles formes de consommation*" et de transposer au plus tard le 12 décembre 2007 une directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.

12. Stratégies déloyales de séduction - Un *premier volet* législatif participe du souhait de soustraire les consommateurs à *certaines stratégies déloyales de séduction*[38].

Affranchir le consommateur des *publicités* jugées déloyales ou *tentatrices* explique ainsi :

- au premier chef, *l'interdiction de la publicité fausse ou de nature à induire en erreur* (art. L. 121-1 s.[39]) qui suscite artificiellement la tentation chez le consommateur[40] ;
- également, *la réglementation stricte de la publicité comparative* entre des produits ou services concurrents qui doit être loyale et objective (art. L. 121-8 et s.) ;

- ou encore la *réglementation tatillonne de publicités spécifiques à certains produits ou services*, telles celles relative à un crédit à la consommation (L. 311-4) ou immobilier (L. 312-4) : cette dernière doit par exemple porter sur l'identité du prêteur, la nature, l'objet du prêt, la durée de l'opération proposée et le TEG annuel.

Affranchir le consommateur *d'offres* commerciales jugées déloyales ou *tentatrices* - parce *qu'excessivement alléchantes* - justifie :

- *l'interdiction des ventes avec prime aux consommateurs* (art. L 121-35[41]) qui font naître de faux espoirs chez ces derniers : la prohibition s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services et même à certains produits ou services financiers (art. L. 312-1-2 I 2° Code monétaire et financier[42]) ;
- *la réglementation des loteries publicitaires*, illicites dès lors que la participation au tirage suppose une quelconque contrepartie financière ou une obligation d'achat du consommateur (art. L. 121-36 s.[43]) ;
- *l'encadrement des ventes en liquidation* (art. L 310-1 C. com.), au *déballage* (310-2 C. com.) ou en *soldes* (L. 310-3 C. com.) qui, prévu par le Code de commerce, participe d'un même souci : notamment, ces ventes ne pourront avoir lieu qu'à certaines dates et/ou pendant une durée limitée.

Et toutes ces règles sont sanctionnées *pénalement* ce qui vérifie le caractère éminemment pluridisciplinaire du droit de la consommation[44].

13. Stratégies agressives de séduction - *Un second volet de lutte contre la tentation* consiste dans la moralisation de *techniques de vente trop agressives* et qui présentent un réel danger pour un consommateur qu'elles atteignent au *cœur de son foyer.*

C'est pourquoi deux *techniques* sont sous surveillance, et ce quoique les contrats concernés ne présentent pas nécessairement par eux-mêmes un risque patrimonial particulier :

- première technique sous surveillance, *le démarchage qui consiste à aller au-devant du consommateur* (dont les contrats n'ont pas un rapport direct avec son

activité professionnelle) pour lui proposer des biens ou services ; il en va ainsi naturellement du démarchage à *domicile* tendant à offrir "*l'achat, la vente, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services*"[45], et ceci que le démarchage ait eu lieu au domicile de la personne physique, à sa résidence ou son lieu de travail, et ce même sur sa demande (loi 22 déc. 1972 ; art. L. 121-21 s.) ; mais aussi du démarchage *bancaire et financier* étroitement réglementé depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003 (art. L. 341-1 s. Code monétaire et financier) ;

- seconde technique, les *ventes de biens et fournitures de prestations de services, financiers ou non, à* distance, c'est-à-dire qui se concluent *hors la présence physique du consommateur* (loi du 6 janvier 1988 et ord. n° 2005-648 du 6 juin 2005 ; art. L. 121-16 s.) ; étant précisé que, assez curieusement, le démarchage *téléphonique* sera pour l'essentiel soumis à cette dernière réglementation des contrats à distance.

Aussi, *démarchage et ventes à distance déclencheront l'application de tout un arsenal consumériste*.

Dans le même ordre d'idées, précisons enfin que sont purement et simplement *interdits* :

- le démarchage en matière d'enseignement à distance ;
- les fournitures de biens ou de services sans commande préalable (art. L. 122-3[46]) *envois forcés par correspondance* (art. R. 635-2 C. pénal) qui tentent de forcer le consentement.

2°) Une volonté libérée de l'ignorance

14. Autonomie de la volonté du consommateur - *Libérée de la tentation, la volonté du consommateur doit également l'être de l'ignorance qui est une autre forme d'asservissement*. Et c'est dans cet esprit que le droit de la consommation tente d'éclairer et de *densifier* le vouloir juridique : contrairement à une idée reçue[47], il opère alors *davantage à l'appui de la volonté du consommateur qu'à son encontre*. Dépendante, la volonté du consommateur doit être rendue plus autonome : et c'est bien ici la loi qui libère.

15. Information étendue, intelligible - Et pour ce faire, *l'information offerte au consommateur doit être tout à la fois suffisamment étendue, intelligible et de nature à permettre une véritable réflexion.*

Au chapitre de *l'étendue* de l'information, on songera :

- *aux obligations générales d'information* sur les *caractéristiques essentielles* des biens ou services proposés (art. L. 111-1, premier article du Code de la consommation[48]), sur les *prix et conditions de vente* (art. L. 113-3[49]) ou encore sur les *délais de livraison* (art. L. 114-1[50]), toutes impératives ;
- *ainsi qu'aux obligations précontractuelles d'information spéciales* imposées soit à raison *du mode ou de la technique* spécifiques de conclusion du contrat (contrats conclus à la suite d'un démarchage, à distance[51] ou en la forme électronique[52]), soit *à raison du risque patrimonial particulier et/ou de la complexité du contrat* (*crédits à la consommation et immobilier, assurance, cautionnement, courtage matrimonial*, etc.) ; pour ne prendre qu'un exemple connu, l'offre préalable du prêteur devra porter à la connaissance du candidat à l'emprunt les éléments suivants constitutifs de *mentions obligatoires* : l'identité des parties et éventuellement des cautions ; la nature, l'objet et les modalités du prêt ; l'échéancier des amortissements ; le coût total du crédit ; les assurances et sûretés exigées ; les conditions d'un transfert éventuel du prêt, etc. (L. 312-8).

Au chapitre de *l'intelligibilité* de l'information, on citera pour mémoire deux règles importantes :

- *la première qui impose l'utilisation de la langue française* dans "*la désignation l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service ainsi que dans les factures et quittances*" (loi 31 déc. 1975 tendant à promouvoir la défense de la langue française et à assurer la protection des contractants les plus faibles, remplacée partiellement par la loi "Toubon" du 4 août 1994) ;
- *la seconde qui dispose que "les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être*

présentées et rédigées de façon claire et compréhensible" (art. L. 133-2 al. 1), disposition relayée par des textes spéciaux imposant par ex. une offre préalable de *prêt* en caractères de hauteur supérieure ou égale au corps huit (R. 311-6) ou encore une mention en "*caractères très apparents*" des clauses des polices d'assurance édictant des nullités, déchéances ou exclusions (L. 112-4 C. ass.).

16. Réflexion - *Suffisamment fouillée et intelligible, l'information doit surtout permettre une véritable réflexion* au consommateur ; c'est pourquoi le législateur oblige fréquemment - et à peine de sanctions pénales - à ce que la formation du contrat se fasse de façon progressive, ponctuée : on parle alors de formation par "punctation". *Le temps est alors conçu comme le meilleur garant d'un consentement éclairé du consommateur dont la décision aura mûri et n'aura pas été dictée par une pulsion d'achat éphémère.*

On se convaincra de la *vigueur et de la rigueur* de la technique consistant à *différer la conclusion de contrats* en citant les divers mécanismes que sont :

- d'abord, les *nombreux délais de réflexion* offerts au consommateur : ainsi, parce qu'il aura été *démarché*, le consommateur disposera de la *faculté de renoncer à un contrat non encore parfait*[53] : dans les 48 heures pour le démarchage bancaire ou financier (L. 341-16 du Code monétaire et financier[54]) ; dans les 7 jours à compter de la commande ou de l'engagement d'achat s'agissant du démarchage à domicile (L. 121-25) ; *d'ordre public, ce renoncement après mûre réflexion pourra s'exercer grâce à un formulaire détachable joint*, à peine de nullité, au contrat ;
- ensuite, les *obligations impératives de maintien de l'offre de contracter pendant un délai minimum* au bénéfice du consommateur : 7 jours dans le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé (loi 8 juillet 1998 ;art. L. 121-63) ; 15 jours au moins dans le crédit à la consommation (L. 311-8) ; 30 jours en matière de crédit immobilier (L. 312-10 al. 1) ou de location-vente/location avec promesse de vente d'immeuble (L. 312-27) ;
- enfin, les *interdictions impératives d'accepter l'offre avant l'écoulement d'un certain délai* qui constituent le summum de la technique du différé

contractuel : 7 jours à peine de nullité en matière d'enseignement par correspondance[55] ; et si tel n'est pas le cas dans le crédit à la consommation (L. 311-15), l'emprunteur pouvant accepter avant l'expiration du délai de maintien, c'est au contraire le cas dans le *crédit immobilier*, l'emprunteur et les cautions ne pouvant accepter l'offre que 10 jours après l'avoir reçue par voie postale (L. 312-10 al. 2), à peine de déchéance des intérêts du prêteur voire de nullité relative du crédit immobilier[56] ; c'est également un délai de 10 jours qui interdit l'acceptation en matière de location-vente/location avec promesse de vente d'immeuble (L. 312-27) ; le consumérisme se diffusant hors du Code de la consommation, la loi SRU du 13 décembre 2000 (art. L. 271-1 CCH al. 3) a même interdit la signature d'un acte authentique avant l'écoulement d'un délai de 7 jours à compter de la notification à l'acquéreur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation du projet d'acte (promesse unilatérale ou synallagmatique).

17. Formalisme - *Formalisme informatif et punctation impliquent que ces différents contrats soient conclus par écrit* : la matière est donc largement marquée au coin d'un formalisme *ad validitatem*.

Et la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003 a même poussé l'idée d'une *liberté par la forme* jusqu'à généraliser à toute caution personne physique contractant avec un créancier professionnel une mention manuscrite requise à peine de nullité et supposée attirer son attention sur la gravité de son engagement[57] ; fort heureusement, la jurisprudence témoigne ici d'une certaine retenue, se refusant par exemple à annuler un cautionnement dans lequel fait défaut une simple conjonction de coordination n'affectant ni le sens ni la portée de la mention requise[58].

18. Protections civile, consumériste et pénale du consentement - *Ce vaste dispositif concourt à libérer la volonté du consommateur en vue d'un échange sain des volontés*. Il s'ajoute à deux autres protections du consentement :

- d'une part, la protection résultant du *droit commun* des *vices du consentement*, dol en tête ;

- d'autre part, *celle résultant d'un volet pénal*[59] qui constitue une véritable "charte de protection" du consentement du consommateur[60] : on songe principalement ici aux sanctions pénales de *l'abus de faiblesse (art. L. 122-8 et s.) et des tromperies et falsifications (art. L. 213-1).*

B - Un accord précarisé

19. Une volonté donnée mais reprise contrairement au principe de la force obligatoire - Logiquement et légitimement affranchie en vue d'un accord *éclairé* des volontés, la volonté du consommateur l'est également de façon plus contestable en dépit de la survenance de ce même accord : *valablement conclu, l'accord de volontés est malgré tout précarisé dans le but de conserver sa liberté au consommateur.*

Et on le constate *à un double plan* : *la volonté du consommateur peut être libérée du poids d'un* ***engagement*** *particulier (**1**) ; elle peut même l'être du poids de son* ***endettement*** *(**2**).*

1°) Une volonté libérée du poids d'un engagement

20. Rétractation d'un engagement fraîchement conclu - Libérer la volonté du consommateur du poids d'un engagement a de quoi surprendre quiconque est attaché au principe de la force obligatoire de conventions qui, "*légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*" d'après l'article 1134 alinéa 1er du Code civil.

C'est pourtant le *cœur même du dispositif* que d'organiser l'évasion du consommateur des filets du professionnel, la libération du consommateur se faisant cette fois contre le droit des obligations.

Et cette libération du poids d'un engagement s'observe dans trois hypothèses.

21. Présomption favorable au dédit - *Première hypothèse, lorsque le Code de la consommation présume,* dans les ventes et fournitures de services, *que toute*

somme versée d'avance par le consommateur a la nature d'arrhes et non d'acompte (art. L. 114-1) : l'unique objectif de cette présomption est de permettre une libération plus facile du consommateur qui pourra se *dédire* de sa parole en abandonnant les arrhes[61].

22. Facultés de rétractation discrétionnaires - *Deuxième hypothèse, lorsque le consommateur se voit concéder le droit de se repentir, de se rétracter d'un contrat fraîchement conclu*, et ceci souvent en sus d'un délai de réflexion.

Énumérons dans un inventaire à la Prévert ces nombreux délais de rétractation : le consommateur à distance de services autres que financiers dispose d'un délai de 7 jours pour retirer son consentement à compter de la livraison de sa commande (art. L 121-20) tandis que le consommateur à distance - ou démarché - de services financiers dispose de 14 jours (art. L. 341-16 du Code monétaire et financier) ; l'acquéreur d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers a 10 jours à compter de l'envoi au professionnel de l'offre acceptée pour revenir sur son engagement (art. L. 121-64) ; l'emprunteur dispose de 7 jours à compter de l'acceptation de offre de crédit à la consommation pour exercer sa rétractation au moyen du formulaire détachable joint, droit dont il est cependant privé si le crédit est consenti pour une durée inférieure ou égale à 3 mois (art. L. 311-15 ; un délai de 14 jours est prévu dans le projet de directive sur le crédit aux consommateurs ; pas de délai de rétractation au contraire dans le crédit immobilier) ; l'assuré sur la vie peut se rétracter dans un délai de 30 jours à compter du moment où il est informé de la conclusion du contrat (art. L. 132-5-1 Code des assurances) ; le consommateur de courtage matrimonial dispose d'un délai de 7 jours à compter de la signature du contrat pour revenir sur son engagement (art. 6 II, loi n°89-421, 23 juin 1989) ; l'acquéreur non professionnel d'un immeuble dispose d'un délai de rétractation de 7 jours à compter de la notification qui lui est faite de la promesse sous seing privé (art. L. 271-1 CCH) ; enfin, pendant 3 mois, le consommateur dispose d'un droit de résiliation unilatérale en matière d'enseignement à distance moyennant une indemnité ne pouvant excéder 30 % du prix du contrat (L. 444-8 al. 3 Code de l'éducation[62]).

Plusieurs analyses de ces droits de rétractation ont été proposées : les unes y voient un mécanisme suspensif ou résolutoire de la formation du contrat, les autres

une dissociation de la perfection du contrat et de son efficacité, d'autres encore l'exercice d'un dédit ou l'existence d'une étape dans le processus de formation du contrat[63]. Mais il en résulte en tout état de cause une *exception au principe de la force obligatoire*, exerçable le plus souvent *sans contrepartie et seulement enfermée dans une durée limitée : 7, 10, 14 ou 30 jours suivant les cas.*

Or, *l'originalité de ces facultés procède de leur caractère d'ordre public et discrétionnaire* : *à l'impossibilité de renoncer de façon anticipée à une telle règle d'ordre public de protection, se joint semble-t-il une impossibilité d'en abuser*. Un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 mars 2006[64] est nettement en ce sens : dans une espèce où la mauvaise foi d'un assuré était caractérisée, la Cour de cassation affirme péremptoirement que *la bonne foi n'est pas requise pour l'exercice du droit de rétractation de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances* ; partant, un assuré sur la vie qui avait pourtant exécuté le contrat pendant deux ans en procédant à des arbitrages successifs et qui s'était aperçu de la forte baisse des supports boursiers qu'il avait librement choisis a pu se soustraire à son engagement en arguant d'un prétexte futile : *la note d'information précontractuelle de couverture ne lui ayant pas été remise (mais seulement les conditions générales), son délai de rétractation avait été automatiquement prorogé*. C'est là une solution certainement inique puisqu'elle conduit à la remise en cause plus de deux ans après d'un contrat exécuté en connaissance de cause, au seul motif que le consommateur n'y a pas trouvé son intérêt.

23. Lien d'interdépendance contractuelle entre le contrat principal et le crédit - *Troisième et dernière hypothèse de libération du poids d'un engagement : lorsqu'un lien d'interdépendance est établi impérativement et par dérogation au droit commun[65], entre le contrat de crédit et le contrat principal financé*. C'est le cas depuis que les lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 ont *subordonné opportunément la conclusion du contrat principal financé (vente ou prestation de services) à l'obtention du crédit et inversement*. L'objectif est connu : *le consommateur ne doit ni emprunter inutilement pour financer un bien ou un service qu'il n'obtiendra pas ni être engagé personnellement par un achat ou une prestation de service qu'il entendait faire financer* :

- ainsi, en matière de crédit à la consommation, aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant que l'emprunteur/acheteur n'a pas accepté l'offre préalable du prêteur (art. L 311-23[66]) ; inversement, les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou du service financé (art. L. 311-20) de sorte que si le contrat de prêt mentionne le bien ou le service financé, le contrat de prêt ne sera jamais exécuté sir le contrat principal ne l'est pas[67] ;
- *en matière de crédit immobilier, l'obtention de celui-ci opère comme une condition suspensive d'ordre public du contrat principal*, même si le contrat ne le mentionne pas (art. L. 312-16[68]) ; inversement, l'offre de prêt immobilier est toujours acceptée sous la condition *résolutoire* de la non conclusion du contrat principal dans le délai de 4 mois à compter de l'acceptation (art. L. 312-12[69]).

24. Non reconduction d'un contrat renouvelable - Mais le droit de la consommation ne se contente pas de permettre au consommateur de s'affranchir d'un contrat plus ou moins fraîchement conclu et qui lui apparaîtrait inopportun. *Il tend également à le soustraire à une fidélité contractuelle excessive résultant des clauses de style de tacite reconduction* figurant dans des contrats quotidiens : abonnements divers, contrats d'entretien ou d'assurance[70], etc. Tel est l'objet de la loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur dite "Loi Chatel" que *d'en faciliter la résiliation* : c'est pourquoi le consommateur doit être averti par écrit, entre 3 et 1 mois avant le terme, de la *possibilité de ne pas reconduire le contrat* ; à défaut d'une telle information, il pourra librement et à tout moment mettre fin gratuitement au contrat reconduit[71]. *Il s'agit alors de faciliter la libération du consommateur pour l'avenir du poids d'un engagement dont il pourrait sinon oublier de se délier.*

2°) Une volonté libérée du poids d'un endettement

25. Faveur au désendettement - Libérée du poids d'un engagement, la volonté du consommateur peut également être *incitée* voire *autorisée* à s'affranchir du poids d'un *endettement*.

La crainte du surendettement a d'abord pour conséquence *d'inciter vivement au désendettement des consommateurs emprunteurs en supprimant tous les freins à la volonté des "bons" débiteurs de rembourser par anticipation* :

- aussi, la loi Neiertz du 31 décembre 1989 est-elle revenue sur l'interdiction ancienne des remboursements par anticipation des crédits à la consommation ; non seulement l'emprunteur *peut rembourser à tout moment* son crédit à la consommation, en tout ou en partie, mais *aucune pénalité* ne pourra lui être demandée de ce chef (art. L. 311-29) ;
- aussi, la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière dispose-t-elle que *l'emprunteur immobilier a toujours le droit de rembourser son crédit par anticipation*, le contrat de prêt ne pouvant qu'interdire les seuls remboursements inférieurs ou égaux à 10% du montant initial du prêt ; quant aux pénalités en pareil cas, l'indemnité que peut réclamer le prêteur au titre des intérêts échus ne peut excéder la valeur d'un semestre d'intérêt sur le capital remboursé au taux moyen du prêt, sans pouvoir dépasser 3 % du capital restant dû avant le remboursement[72].

26. Traitement du surendettement et rétablissement personnel - *Autrement critiquable est la tendance contemporaine à libérer cette fois les mauvais payeurs de la charge de leur endettement au prétexte de remédier au surendettement*. Et la question ayant été - magnifiquement - traitée par notre secrétaire général ici même il y a 12 ans, dans son rapport français sur l'endettement des particuliers[73], on se contentera d'indiquer que le double mouvement de clémence accordée aux endettés défaillants et de sacrifices imposés aux créanciers, si bien dessiné alors, s'est accentué.

De trois choses l'une en effet, par ordre croissant de gravité :

- *ou l'emprunteur est en situation de surendettement "simple*"[74], caractérisée "*par l'impossibilité manifeste du débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci*" : auquel cas, en cas d'échec de la

mission de conciliation tendant à l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement, *le juge de l'exécution pourra conférer force exécutoire à des recommandations de la commission de surendettement fort douloureuses pour le prêteur et de nature à alléger son endettement* : rééchelonnement des dettes sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder dix ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; imputation des paiements en priorité sur le capital ; réduction du taux d'intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux d'intérêt légal sur proposition spéciale et motivé et si la situation du débiteur l'exige ; *réduction voire suppression du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due après imputation du prix de la vente du logement hypothéqué du débiteur* (art. L. 331-7) ;

- *ou l'emprunteur est en situation de surendettement "aggravé*", caractérisée par une *insolvabilité* non irrémédiable : *auquel cas un effacement partiel de l'endettement sera possible* après une période test de suspension des créances (art. L. 331-7-1) ;
- *ou enfin, sa situation sera irrémédiablement compromise* à raison d'une impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de surendettement : *auquel cas, la "solidarité au profit des endettés défaillants" jouera à plein* puisque la loi n° 2003-710 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine du 1er août 2003 fait bénéficier les plus désespérés d'une procédure de "*rétablissement personnel*", dérivée du système de la faillite civile d'Alsace-Moselle ; *sous ce vocable médical se masque une véritable procédure collective au terme de laquelle un effacement total des dettes non professionnelles de l'emprunteur sera prononcé* en cas de clôture de la procédure, que l'actif soit suffisant ou non pour désintéresser les créanciers (art. L. 332-9 al. 2).

27. Conclusion partielle - *Coté pile, on se sera convaincu de ce que le Droit œuvre en faveur de l'affranchissement de la volonté du consommateur*, soit en vue d'un échange éclairé des volontés, soit en dépit d'un accord des volontés, précarisé : au prétexte de "remettre à flot" les accidentés de la vie, voila le consommateur affranchi du poids de son endettement.

II. L'ENCADREMENT DE LA VOLONTÉ DU PROFESSIONNEL

28. Vers une police du comportement des professionnels - *Retournons à présent la médaille du coté face : on y lit, gravé, un encadrement de la volonté du professionnel contractant.*

Certes, cet encadrement résulte déjà, en partie et en négatif, des règles affranchissant la volonté du consommateur mais il ne s'absorbe pas tout entier en lui. *Contrôler, policer le comportement du professionnel plutôt que se contenter de protéger le consommateur, telle est la nouvelle devise consumériste*[75].

Car le législateur a besoin du professionnel pour faire régner son "*ordre consumériste" juste* à une échelle *macroéconomique* : *loin d'en consacrer l'autonomie, il asservit la volonté du professionnel à un intérêt général supérieur, il l'instrumentalise*. La volonté du professionnel se standardise, s'appauvrit, s'affadit, se "typicise"[76].

*Cet encadrement de la volonté du professionnel répond à un double objectif : permettre une conclusion équilibrée du contrat d'abord (**A**) mais encore une exécution satisfaisante de celui-ci pour le consommateur (**B**).*

A - Une conclusion équilibrée

29. Police de la liberté contractuelle - *Au stade de la conclusion du contrat, l'encadrement de la volonté du professionnel doit permettre de mettre fin à un déséquilibre réel ou supposé entre les contractants*.

*C'est pourquoi la liberté de contracter ou de ne pas contracter du professionnel est de plus en plus **contestée** (**1**) tandis que le contenu de son contrat est lissé, **policé** même (**2**).*

1°) Une liberté de contracter ou non contestée

30. Devoirs d'être pollicitant et de contracter - *Le professionnel a d'abord l'obligation de plus en plus fréquente d'être pollicitant, la qualité d'acceptant lui étant fréquemment refusée*[77] : *seul, il a qualité pour élaborer les offres préalables de crédit, quoique l'initiative contractuelle ait le plus souvent appartenu à un consommateur* faisant "le tour des banques", le cas échéant par l'intermédiaire d'un courtier, et ce à l'affût du meilleur taux ; *seul, il dispose de l'infrastructure nécessaire à la mise en place des procédures techniques complexes tendant à l'échange des volontés par voie électronique* : c'est à lui par exemple d'instituer des systèmes informatiques fiables et complexes satisfaisant au principe du "double clic" requis à peine de nullité par l'article 1369-5 du Code civil en matière de contrats électroniques.

Et même lorsque c'est volontairement que le professionnel se fait pollicitant, celui-ci peut être contraint de contracter avec le consommateur acceptant (art. L. 122-1 issu de l'ordonnance du 1e décembre 1986) ; en l'absence en effet de motif légitime tenant par exemple à la mauvaise foi du consommateur, au caractère anormal de sa demande ou à l'indisponibilité du produit, son *refus de vente de biens ou de fourniture de services sera sanctionnable* civilement et même pénalement (art. L. 141-1 C).

31. Devoirs de s'informer, de contracter des engagements "responsables" voire de ne pas contracter - *Obligé parfois de contracter avec un consommateur qu'il n'a pas choisi, le professionnel se trouve de plus en plus souvent incité, à l'inverse, à ne pas contracter avec le consommateur de crédit dont le projet pourrait être non viable et le financement sollicité disproportionné*. C'est là une tendance lourde de notre droit que de *tempérer le caractère unilatéral* des contrats de crédit ou encore de cautionnement, en mettant à la charge du banquier certains devoirs[78].

Le projet de directive sur le Crédit aux consommateurs précise que les prêteurs ne doivent pas consentir de *crédits irresponsables* et qu'ils doivent s'informer à cet effet et préalablement de la solvabilité des emprunteurs[79]. *Une exigence de "prêt*

responsable" fait utilement son chemin, consistant en un devoir d'octroyer un crédit compatible avec les capacités de remboursement de l'emprunteur.

Et dans son dernier état qu'il n'est pas possible de synthétiser ici, *la Cour de cassation met un devoir de mise en garde à la charge des établissements de crédit qui s'ajoute à celui d'information résultant de la préparation d'une offre satisfaisant aux mentions obligatoires*. Mais tout en retenant cette qualification, signalons qu'un arrêt du 26 septembre 2006 de la première chambre civile de la Cour de cassation[80], a fait invitation à une Cour de renvoi de sanctionner le *Cetelem* pour n'avoir pas, en dernière analyse, refusé un ultime concours à un "emprunteur profane" qui avait ainsi porté son taux d'endettement à 72% de son revenu disponible (soit bien au-delà du ratio de 33 %)… N'est-ce pas là intimer au banquier de ne pas contracter de nouveaux crédits ?

Et on citera simplement ici pour mémoire la jurisprudence Macron et la sanction des cautionnements manifestement disproportionnés conclus par des personnes physiques (art. L. 341-4) qui doit inciter le créancier professionnel à ne pas accepter un tel cautionnement, à peine de déchéance ultérieure.

C'est dans un esprit comparable que l'ordonnance du 12 avril 2007 de transposition de la directive "MIF" (en vigueur le 1er novembre 2007) *oblige le prestataire de service d'investissement à mettre en place des techniques d'évaluation et à se renseigner afin d'isoler les clients profanes au sein d'une catégorie "clients non professionnels*"[81] constituée de ceux qui ne possèdent pas l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre leurs propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus[82] ; or, ces derniers devront être dorénavant *mis en mesure de comprendre le risque* lié aux instruments financiers proposés[83].

2°) Un contenu obligationnel policé

32. Police de droit de la consommation - *Cette volonté de rééquilibrage conduit non seulement à contester la liberté de contracter ou non du professionnel mais aussi de façon plus visible à ce que le contenu obligationnel du contrat conclu par le professionnel soit policé voire standardisé.*

C*ette police du contenu obligationnel* poursuit un *double objectif de normalisation des objets de contrats et d'éradication de l'abus dans le contrat de consommation*.

Déjà, "*les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs*" (art. L. 212-1), ceci sous la sanction possible des fraudes et falsifications (art. L. 214-1)[84] : *c'est déjà là un puissant moteur de standardisation, de normalisation des objets de contrats proposés par les professionnels.*

Surtout, cette police de droit de la consommation a pour principale dimension la lutte contre les abusives : il s'agit alors d'éviter les déséquilibres significatifs entre les droits et obligations des parties, tout en conservant le principe suivant lequel le contrôle de l'abus ne portera pas sur la définition de l'objet du contrat non plus que sur l'adéquation du prix au bien vendu ou au service offert[85]. Créée en 1978, refondue en 1995, *cette police des clauses abusives pourrait être renforcée à l'occasion d'un projet de loi en faveur des consommateurs en date du 8 novembre 2006*. On sait en effet les limites du système actuel : longtemps, un unique décret d'application du 24 mars 1978 fut élaboré par le pouvoir réglementaire qui sanctionne deux clauses, la première qui supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas de manquement du vendeur à l'une quelconque de ses obligations (R. 132-1) et la seconde qui prétendrait réserver au professionnel un droit de modification unilatérale des caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre (R. 132-2). Plus récemment, un deuxième décret en date du 25 novembre 2005 est venu ajouter à la liste des clauses abusives celle ayant pour objet ou pour effet de faire peser sur le consommateur la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations lui incombant dans certaines domaines (R. 132-2-1). *Mais, fort heureusement, le pouvoir judiciaire s'est reconnu entre temps et au terme d'un véritable "coup d'état jurisprudentiel" le pouvoir de déclarer abusive une clause non visée par décret*[86] *et a fait un très large usage de cette faculté tandis que la soixantaine de recommandations de la Commission des clauses abusives a concouru à une éradication des abus.*

Le projet de loi - dont la destinée est cependant incertaine à la suite de son retrait apparent… - ambitionne quant à lui une triple amélioration :

- supprimer l'annexe actuelle des clauses dites "grises" et renvoyer à des décrets en Conseil d'État, pouvant soit *déclarer* abusives certaines clauses (liste "noire"), soit en *présumer* le caractère abusif mettant dorénavant à la charge du professionnel la preuve de l'absence d'abus (liste "grise") ;
- reconnaître au juge le pouvoir de soulever *d'office* le caractère abusif d'une clause en cas de litige et déclarer que la clause sera réputée non écrite dans tous les contrats conclus par le professionnel avec des non-professionnels ou des consommateurs ;
- reconnaître enfin le pouvoir des associations de consommateurs de faire déclarer une clause abusive *dans tous les* contrats conclus par le professionnel.

33. Police de droit des obligations - *Mais l'influence du droit de la consommation sur les autres branches du droit conduit à instituer une autre police, procédant du droit commun des obligations cette fois*. Le phénomène est connu[87], en particulier celui de *revivification de la théorie de la cause afin d'écarter sur le fondement de l'article 1131 du Code civil les clauses limitatives de responsabilité contraires à l'obligation essentielle de la partie forte*, notamment de particulière célérité. Et c'est tout le sens de la *jurisprudence Chronopost*[88], appliquée à la lettre par un récent arrêt du 13 février 2007[89].

Il en résulte un évident encadrement de la volonté du professionnel qui se trouve privé de la faculté de vouloir efficacement des stipulations par trop déséquilibrées en sa faveur.

B - Une exécution satisfaisante

34. Consommateur : un créancier protégé ? - *Encadrer la volonté du professionnel afin de rééquilibrer le contrat au stade de sa conclusion ne suffit toutefois pas au législateur : il lui faut encore assurer une exécution satisfaisante du contrat pour le consommateur*. Et si le professionnel créancier d'un consommateur voit ses intérêts sacrifiés par le souci de libérer le consommateur du fardeau de son

endettement, l'inverse n'est nullement vrai : seul *le consommateur, tel un créancier digne de faveur, se voit assuré d'une exécution optimale de ses obligations par le professionnel*.

Or, *cette assurance passe par le* ***renforcement du devoir d'exécuter de bonne foi*** *qui pèse sur le professionnel (**1**) ainsi que par la mise à la charge de ce dernier d'une* ***obligation de garantie étendue*** *(**2**).*

1°) Un devoir d'exécution de bonne foi renforcé

35. Devoir d'ordre public et appréhendée unilatéralement - Le devoir d'exécuter les conventions de bonne foi est énoncé de façon générale par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. *Or, ce devoir canalise le comportement du professionnel. La volonté de ce dernier y est d'autant plus assujettie que c'est là un devoir impératif qu' "il est impossible d'éluder par une clause contractuelle"*[90].

Surtout[91], *ce devoir prend une dimension particulière lorsqu'il pèse sur le professionnel.*

D'une part en effet, *il est conçu comme pesant au premier chef et quasi unilatéralement sur le professionnel*. C'est ainsi que les clauses résolutoires se trouveront plus volontiers neutralisées sur le fondement de la mauvaise foi lorsqu'elles seront mises en œuvre par un bailleur professionnel contre un locataire profane, par exemple pendant les périodes estivales[92].

D'autre part, il y revêt une intensité particulière et partant, un contenu normatif plus consistant qu'entre contractants réputés égaux. Sur ce fondement, la Chambre commerciale a ainsi pu juger le 11 juillet 2006, au visa combiné des articles 1134, 1147 et 1615 du Code civil, que le vendeur professionnel d'un matériel informatique était tenu d'une obligation de renseignement et de conseil envers un client dépourvu de toute compétence en la matière qui a pour conséquence que son obligation de délivrance n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la *mise au point définitive de la chose vendue*, en l'espèce un logiciel[93].

36. Devoir d'agir au mieux des intérêts du consommateur - Plus, *cette conception exigeante du devoir d'exécution de bonne foi confine parfois à une*

obligation à sens unique de coopérer au service du consommateur, ceci quitte à prendre en considération les intérêts de ce dernier non sans un certain altruisme.

Il a par exemple pu être jugé qu'une société chargée par ses clients de l'exploitation d'une installation de chauffage était tenue de le faire "*au mieux de leurs intérêts et, en conséquence, de les informer de toute possibilité de modification favorable des tarifs de Gaz de France*"[94].

Et que dire de la mise à la charge du créancier professionnel d'un devoir de plus en plus contraignant d'informer la caution personne physique et de préserver ses intérêts[95] en n'aggravant pas sa situation et en veillant tout au contraire à minimiser son préjudice en agissant par exemple en temps utile pour ne pas laisser s'accumuler les dettes cautionnées[96]?

L'ordonnance du 12 avril 2007 de transposition de la directive MIF est la dernière illustration en date de cette tendance incontestable à *aggraver les obligations du professionnel* : son originalité est d'être expressément instituée par la législation et détachée de toute interprétation extensive des articles 1134 al. 3 ou 1135 du Code civil. *Celle-ci met en effet directement à la charge des prestataires d'investissement une obligation de prendre "toutes les mesures raisonnables pour obtenir, lors de l'exécution des ordres, le meilleur résultat possible pour leurs clients*" (L. 533-18 al. 1 nouveau Code monétaire et financier) ; et ce devoir d'agir au mieux des intérêts du client sera semble-t-il apprécié plus sévèrement lorsqu'il profitera à un client non-professionnel (exigence du meilleur prix notamment) ; surtout, le prestataire de service d'investissement sera périodiquement intimé de vérifier que les termes du mandat conclu restent conformes aux intérêts de son client.

2°) Une obligation de garantie étendue

37. Fait contractuel personnel - *Ce renforcement du devoir d'exécution de bonne foi ne permet pas toujours d'éviter les incidents qui ternissent l'exécution satisfaisante du contrat, et ce en particulier lorsque la chose achetée est impropre à l'usage du consommateur.*

C'est pourquoi, l'encadrement de la volonté du professionnel se manifeste alors par une extension impérative de son obligation de garantie au profit du consommateur :

- *en matière de garantie des vices cachés d'une part* : depuis 1954 en effet, une *solution d'inspiration consumériste conduit à présumer irréfragablement que le vendeur professionnel connaît les vices* même indécelables, *de la chose vendue*[97], la conséquence en étant l'impossibilité pour le vendeur d'éluder sa garantie des vices cachés ;
- *à raison de la nouvelle garantie de conformité, d'autre part* : elle résulte de l'ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur qui a transposé *a minima* la directive du 25 mai 1999 ; l'ordonnance a ajouté (art. L. 211-13) une *nouvelle action* à celles dont disposait déjà le consommateur (garantie des vices cachés, responsabilité contractuelle voire dol) et qui couvre pour l'essentiel les ventes de biens mobiliers corporels au consommateur ; *pratiquement, le consommateur se voit assuré d'une exécution plus satisfaisante du contrat puisque le vendeur professionnel "est tenu de livrer un bien conforme au contrat*" et "*répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance*" (art. L. 211-4) : le bien doit être ou propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable ou conforme aux caractéristiques convenues entre les parties ; si tel n'est pas le cas et dans les deux ans de la délivrance, "*l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien" (art. L. 211-9) et ne pourra se voir opposer une quelconque exclusion ou limitation de responsabilité, ce tout au moins avant d'avoir pu formuler une réclamation (art. L. 211-17).*

38. Fait contractuel d'autrui - Et le consommateur est un créancier si digne de considération que *le professionnel se voit contraint parfois de garantir non plus son propre fait contractuel mais celui d'autrui, ce afin que le consommateur ne soit confronté qu'à un interlocuteur unique et responsable*.

Deux exemples en peuvent être donnés :

- les *agences de* voyage d'abord sont responsables de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces

obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services (art. L. 211-17 Code du tourisme) ;

- les *vendeurs et prestataires de services à distance* ensuite, sont responsables contractuellement du fait d'autrui sur le même modèle (art. L. 121-20-3 al. 4[98]), les acteurs du commerce électronique étant ici plus particulièrement visés.

La volonté du professionnel de ne garantir que son propre fait s'incline devant l'institution d'une responsabilité objective, protectrice du consommateur.

*

39. Conclusion : finalité double du droit de la consommation - De ce panorama nécessairement superficiel, on retiendra deux enseignement principaux :

- premier enseignement : *les techniques consuméristes ne viennent pas nécessairement saper les fondements du droit des obligations. Dures avec le principe de la force obligatoire, elles sont au contraire tendres avec celui de l'autonomie de la volonté du consommateur* dont elles ne cherchent en réalité qu'à assurer l'effectivité ; et parfois, celles-ci contribuent à *renouveler des concepts* classiques du droit commun contractuel tels la cause ou la bonne foi ;

- second enseignement : les contrats aux consommateurs sont un *laboratoire privilégié d'identification* de tendances qui affectent notre système juridique en général, au-delà du seul Code de la consommation, une tendance lourde étant celle du *deux poids deux mesures* : l'étendue des droits et obligations de chacun est de plus en plus déterminée par son rattachement à une catégorie finalement assez abstraite voire mouvante (consommateur, non-professionnel, personne physique, professionnel).

  Au coté pile d'un droit de la consommation libérateur des consommateurs, correspond un coté face, modérateur des comportements des professionnels. On pourra y déceler l'idée que le droit de la consommation participe d'un droit plus vaste du *marché* et qu'il contribue à sa régulation, en

aval du droit de la concurrence. On pourrait aussi bien *s'amuser de ce qu'un législateur réputé "libéral" raisonne aussi paradoxalement en termes marxistes de lutte des classes…*

Paris, le 12 juin 2007

---

[1] La forme orale de l'intervention a été, pour l'essentiel, conservée. Les articles cités sans précision sont ceux du Code de la consommation.

[2] Tufferry, *Ébauche d'un droit de la consommation : la protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIème et XVIIIème siècles*, LGDJ, 1998.

[3] L. 211-1 ancien.

[4] Discours sur l'état de l'Union en 1962.

[5] Pour Jean Baudrillard, la consommation est devenue un mythe *: "Comme la société du Moyen-Age s'équilibrait sur Dieu et sur le Diable, ainsi la nôtre s'équilibre sur la consommation et sur sa dénonciation".*

[6] F. Beigbeder, *99 francs*.

[7] Art. L. 121-21 s.

[8] L. 121-1 s.

[9] L. 311-1 s

[10] L. 132-1 s.

[11] L. 312-1 s.

[12] L. 121-16 s.

[13] L. 121-8 s.

[14] L. 330-1 s.

[15] Art. L. 136-1 C. conso. et 113-15-1 C. ass.

[16] L. 211-1 s.

[17] L; 313-14 s.

[18] L. 314-1 s.

[19] Et consommateur de "*consummator*".

[20] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7ème éd. 2006, n° 6 note 2. Ce qui renvoie à la définition de Jean-Baptiste Say, "*la consommation n'est pas une destruction de matière, mais une destruction d'utilité*" : Jean Baptiste Say (1767-1832), *Traité d'économie politique*, 1803.

[21] *Propositions pour un Code de la consommation*, La doc. Française, 1990.

[22] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, n° 7 et s.

[23] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, n° 37.

[24] Art L. 121-1 : la publicité de nature à induire en erreur est punie quelque soit la qualité des destinataires de la publicité ; art. L. 121-21 : le démarchage à domicile s'applique à toute personne physique ; de même la tromperie est punie quelle que soit la qualité de l'acheteur par l'art. 213-1. Pratiquement, les consommateurs sont les premiers bénéficiaires.

[25] L. 132-1 s. sur les clauses abusives.

[26] Cass. 1ère civ., 15 mars 2005, Bull. civ. I, n° 135. La CJCE avait décidé le 22 novembre 2001 que le périmètre d'application de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives "doit être interprété en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques" (CJCE, 22 nov. 2001, D. 2002, p 2929, obs. Pizzio).

[27] Cass. 1ère civ. 24 janvier 1995, Contrats. conc. consom. 1995, comm, n° 84, ; D. 1996, somm. p 325, obs. D. Mazeaud.

[28] Pratiquement, la jurisprudence retient une interprétation stricte du consommateur, le rapport étant presque jugé direct au terme d'une appréciation souveraine des juges du fond : J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, n° 138.

[29] Publicité, démarchage, etc..

[30] Il ne sera pas traité ici naturellement des contrats présentant un risque pour la sécurité du consommateur : Voir rapport J.-B. Borghetti sur ce point.

[31] L 341-2 s.

[32] C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 382, 2002.

[33] V. N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000, préf. J. Ghestin, t. 326.

[34] V*., Les droits de tradition civiliste en question*, t. 1, éd. SLC, n° 94 et s.

[35] Art. 1140-1 avant projet Catala : *"(…) lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre*", com. avec l'art. L. 133-2 faisant invitation au juge d'interpréter les clauses du contrat de consommation en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur.

[36] Selon l'expression de Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, A. Colin, 2005, n° 121 et s.

[37] Projet de loi n° 3430, déposé le 8 novembre 2006 mais retiré semble-t-il le 30 janvier 2007…

[38] Comp. le projet d'article L. 122-11 nouveau du Code de la consommation retient qu'une "*pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le jugement du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service*".

[39] Art. L 121-1 : " *Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires*.".

[40] Comp. le projet de loi dans lequel la pratique sera considérée comme trompeuse si "*elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte*".

[41] Art. L. 121-35 : "*Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.*

Cette disposition ne s'applique pas aux menus objets ou services de faible valeur ni aux échantillons.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

Pour les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes avec primes sont fixées par le 2 du I de l'article L. 312-1-2 du même code." ; seules sont interdites par le Code de la consommation les primes en nature (non en espèces) et consistant en produits non identiques à ceux qui font l'objet du contrat.

[42] L. 312-1-2 I 2° Code monétaire et financier : "*Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de prestations de services faite au client et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime financière ou en nature de produits, biens ou services dont la valeur serait supérieure à un seuil fixé, en fonction du type de produit ou de service offert à la clientèle, par un règlement pris par arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis du comité consultatif institué à l'article L. 614-1*." Et la prime financière comme celle en nature est ici interdite.

[43] L. 121-36 : "*Les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit.*

Le bulletin de participation à ces opérations doit être distinct de tout bon de commande de bien ou de service.". La fourniture d'un RIB a même pu être considéré comme une contrepartie interdite :

[44] J. Calais-Auloy, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", RTD civ. 1994, p 239 et s.

[45] L. 121-21 : " *Est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la*

location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services.
Est également soumis aux dispositions de la présente section le démarchage dans les lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et notamment l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions afin de réaliser les opérations définies à l'alinéa précédent."

La réglementation sur le démarchage n'est exclue que pour certains contrats : art. L. 121-22 al. 2 :"*Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-28 : 1° Les ventes à domicile de denrées ou de produits de consommation courante faites par des professionnels ou leurs préposés au cours de tournées fréquentes ou périodiques dans l'agglomération où est installé leur établissement ou dans son voisinage ; 2° et 3° (paragraphes abrogés). 4° Les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession*."

[46] L. 122-3 : "*La fourniture de biens ou de services sans commande préalable du consommateur est interdite lorsqu'elle fait l'objet d'une demande de paiement. Aucune obligation ne peut être mise à la charge du consommateur qui reçoit un bien ou une prestation de service en violation de cette interdiction.*

Le professionnel doit restituer les sommes qu'il aurait indûment perçues sans engagement exprès et préalable du consommateur. Ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal calculé à compter de la date du paiement indu et d'intérêts au taux légal majoré de moitié à compter de la demande de remboursement faite par le consommateur".

[47] N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préface J.-L. Aubert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 199, 1988 : la volonté du consommateur est paradoxalement rendue plus "autonome" par les règles impératives du droit de la consommation imposant délais de réflexion, de rétractation ou autres.

[48] L. 111-1 : "*Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service*".

[49] L. 113-3 : "*Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation.*

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2."

[50] L. 114-1 : "*Dans tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la fourniture d'une prestation de services à un consommateur, le professionnel doit, lorsque la livraison du bien ou la fourniture de la prestation n'est pas immédiate et si le prix convenu excède des seuils fixés par voie réglementaire, indiquer la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation.*

Le consommateur peut dénoncer le contrat de vente d'un bien meuble ou de fourniture d'une prestation de services par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en cas de dépassement de la date de livraison du bien ou d'exécution de la prestation excédant sept jours et non dû à un cas de force majeure.

Ce contrat est, le cas échéant, considéré comme rompu à la réception, par le vendeur ou par le prestataire de services, de la lettre par laquelle le consommateur l'informe de sa décision, si la livraison n'est pas intervenue ou si la prestation n'a pas été exécutée entre l'envoi et la réception de cette lettre. Le consommateur exerce ce droit dans un délai de soixante jours ouvrés à compter de la date indiquée pour la livraison du bien ou l'exécution de la prestation.

Sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes, ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double.

[51] L. 121-18 et L. 121-19.

[52] Art. 1369-4 et s. du Code civil sur les mentions obligatoires devant figurer dans l'offre.

[53] Suivant la formule de J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 114 : "*la signature obtenue par le démarcheur n'est pas la marque d'une volonté définitive*" de sorte que le délai est de réflexion et non de rétractation.

[54] L. 341-16 Code monétaire et financier : "*IV. - En cas de démarchage effectué selon les modalités prévues au septième alinéa de l'article L. 341-1, les personnes mentionnées aux articles L. 341-3 et L. 341-4 ne peuvent recueillir ni ordres ni fonds de la part des personnes démarchées en vue de la fourniture de services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de*

tiers mentionnés à l'article L. 321-1 ou d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1, avant l'expiration d'un délai de réflexion de quarante-huit heures."

[55] Art. L. 44-8 Code de l'éducation : "*A peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de sept jours après sa réception*."

[56] Cass. 1ère civ., 27 février 2001, D. 2001, AJ 1388, obs. Avena-Robardet.

[57] L. 341-2 "*Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : " En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* " ; L. 341-5 :"*Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires*.".

[58] Cass. 1ère civ., 9 nov. 2004, pourvoi n° 02-17.028, Bull. civ. I, n° 254 ; JCP éd. E 2004, p. 1999 ; JCP éd. E 2005, p. 1004, obs. Ph. Simler ; Defrénois 2005, p. 1035, obs. S. Piedelièvre ; D. Houtcieff, RDC 2005, p. 403 : "*Mais attendu que l'omission de la conjonction de coordination "et" entre, d'une part, la formule définissant le montant et la teneur de l'engagement, d'autre part, celle relative à la durée de celui-ci, n'affecte ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite prescrite par l'article L. 313-7 du Code de la consommation ; que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la sanction édictée par ce texte n'était pas encourue*".

[59] Sur lequel, voir Y. Picod et H. Davo, précité, n° 209 et s.

[60] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 215.

[61] Ce qui serait impossible si la qualification d'acompte, plus conforme à l'intention des parties, était retenue.

[62] Art. L. 444-8 al. 3 Code de l'éducation : "*Jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat, celui-ci peut être unilatéralement résilié par l'élève moyennant une indemnité dont le montant ne saurait excéder 30 % du prix du contrat, fournitures non comprises. Les sommes déjà versées peuvent être retenues à due concurrence*."

[63] Pour une synthèse des théories, Calais-Auloy, n° 114 ; Bernardeau, "Le droit de rétractation du consommateur", JCP 2000? I, p 218 et JCP 2002, I, 168.

[64] Cass. 2ème civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-12.338. Il avait pourtant été jugé que la faculté de se délier par une clause de dédit était susceptible d'abus : Cass. 3ème civ., 11 mai 1976, Bull. civ. III, n° 199 ; Defrénois 1977, p 456, note J.-L. Aubert.

[65] Ce droit commun évoluant lui-même sous l'influence du droit de la consommation, et ce à la faveur notamment de la notion d'économie du contrat. Cass. com., 15 fév. 2000, *Banque et droit*, n° 73, sept./oct. 2000, p. 44, note N. Rontchevsky ; *JCP éd. E*, p. 320, note J.-B. Seube ; *Petites affiches*, n° 260, 29 déc. 2000, p. 12, note G. Meilhac-Redon et F. Marmoz. Dans cette décision riche d'enseignements, un pharmacien avait en qualité de crédit-preneur conclu un crédit-bail avec une société de crédit-bail portant sur du matériel vidéo acquis d'une société de publicité qui s'engageait envers le crédit-preneur à lui fournir des publicités destinées à être diffusées sur le matériel pris en crédit-bail. Or, le crédit-preneur par une stipulation claire s'était engagé à rester tenu du paiement des loyers « *même au cas où le contrat d'exploitation conclu par ailleurs avec la société de publicité ne serait pas exécuté, ou sera résilié ou annulé* ». Or, la société de publicité cessa rapidement l'exécution de ses prestations ce qui motiva l'arrêt par le crédit-preneur du paiement des loyers dus au crédit-bailleur. La Cour de cassation approuve dans cette décision la Cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation du crédit-bail en relevant que « *le crédit-bailleur était informé que le matériel pris à bail était destiné à être exploité par la société de publicité, qu'en tant que de besoin le crédit-bailleur autorisait cette exploitation, qu'il s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat était constituée par le contrat de prestation d'images, ce dont il déduit que les deux contrats étaient interdépendants et, par suite, que l'exploitation devenant impossible du fait que la défaillance de la société de publicité, la résiliation du contrat de crédit-bail devait être prononcée ; qu'ainsi, et dès lors que le texte de la clause invoquée étaient en contradiction avec l'économie générale du contrat, la Cour d'appel (…) a légalement justifié sa décision* ». Dans cette décision, la Cour de cassation se fonde sur la cause et l'économie du contrat pour refuser de donner effet à la stipulation convenue.

[66] Art. L. 311-23 : "*Chaque fois que le paiement du prix sera acquitté, en tout ou partie, à l'aide d'un crédit, et sous peine des sanctions prévues à l'article L. 311-34, le contrat de vente ou de prestation de services doit le préciser. Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à*

l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté l'offre préalable du prêteur. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt."

[67] Y. Picod et H. Davo, n° 282.

[68] Art. L. 312-16 : " *Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement.*

Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié"

[69] Art. L. 312-12 : "*L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé.*

Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent".

[70] Art. L. 113-15-1 :

[71] Art. L. 136-1 : "*Le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite.*

Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction. Les avances effectuées après la dernière date de reconduction ou, s'agissant des contrats à durée indéterminée, après la date de transformation du contrat initial à durée déterminée, sont dans ce cas remboursées dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation, déduction faite des sommes correspondant, jusqu'à celle-ci, à l'exécution du contrat. A défaut de remboursement dans les conditions prévues ci-dessus, les sommes dues sont productives d'intérêts au taux légal.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice de celles qui soumettent légalement certains contrats à des règles particulières en ce qui concerne l'information du consommateur.

Les trois alinéas précédents ne sont pas applicables aux exploitants des services d'eau potable et d'assainissement".

[72] Art. L. 312-21 : "*L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, les prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre. Le contrat de prêt peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10 p. 100 du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde.*

Si le contrat de prêt comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de remboursement par anticipation, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret.

Pour les contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, aucune indemnité n'est due par l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation lorsque le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers".

[73] D. Mazeaud, "L'endettement des particuliers", Rapport français, Journées argentines,*L'endettement,*LGDJ, 1995 tome 46.

[74] L'expression est de Y. Picod et H. Davo, n°502.

[75] V. D. Mazeaud, conférence à la Cour de cassation, Revue Lamy droit de la concurrence.

[76] Comp. J. Rochfeld, *Cause et types de contrats*.

[77] G. Rouhette.

[78] J. ATTARD, *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique ?*, préface PH. DELEBECQUE, PUAM, 1999, n° 23, 33 et 142. : M. Attard observait ainsi judicieusement que " *le*

prêteur doit donc, sous peine de voir sa responsabilité engagée ou le cautionnement annulé, s'informer, d'une part, de la structure financière et de la trésorerie de l'entreprise, d'autre part, de l'activité et de la rentabilité de cette dernière " insistant sur ce que " *un banquier commettrait une faute en accordant un prêt sans contrôler la situation non obérée de l'emprunteur ainsi que l'absence de disproportion entre les revenus de ce dernier et les charges de l'emprunt* " et concluant que " *Le devoir de bonne foi de l'établissement prêteur oblige celui-ci à s'assurer que l'activité financée permettra de dégager les fonds nécessaires au remboursement du prêt. Ce devoir comporte l'obligation de mettre en garde l'emprunteur contre le caractère inopportun de l'investissement auquel on lui demande d'apporter son concours.* ". V. également en ce sens, A. Gourio, " Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ? ", *RD bancaire et financier*, janv./fév. 2001, p. 51 et s., spéc. p. 52, concluant à la qualification d'obligation de mise en garde et à l'existence d'une " *obligation d'accorder un crédit compatible avec les capacités de remboursement de l'emprunteur* ".

[79] Projet de directive au 5 avril 2007, préambule (19) et article 7 a.

[80] Cass. 1ère civ., 26 sept. 2006, pourvoi n° 04-20.508 ; Contrats, conc. consom; 2007, commentaire n° 253, obs. G. Raymond.

[81] Art. L. 533-13 I Code monétaire et financier : "*En vue de fournir le service de conseil en investissement ou celui de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, les prestataires de services d'investissement s'enquièrent auprès de leurs clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation."*

[82] L. 533-16 al. 2 Code monétaire et financier, a contrario.

[83] Art. L. 533-12 Code monétaire et financier : " *Les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause*".

[84] Y. Picod et H. Davo, n° 354 et s.

[85] Aux termes de l'article L. 132-1 "*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives* [et partant réputées non écrites*] les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*", étant précisé que "*le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre*".

[86] Cass. 1ère civ., 14 mai 1991, Bull. civ. I, n° 153.

[87] Voir not. l'éclairante synthèse de Y. Picod et H. Davo, n° 178 et 237 et s.

[88] Cass. com., 22 oct. 1996, GAJC, n° 156.

[89] Cass. com. 13 fév. 2007, pourvoi n°05-17.407 ; D; 2007, p 654, obs. Delpech : délivrance d'un logiciel dans le délai stipulé - Cass. com. 17 juil. 2001, JCP 2002, I, 148, n° 17, obs. G. Loiseau : maintenance informatique dans les 48 h.

[90] PH. LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, V° « Bonne foi », 1995, n° 14.

[91] Y. Picod et H. Davo, n° 301 et 302.

[92] Y. PIcod, La clause résolutoire et la règle morale, JCP 1990, I, 3447.

[93] Cass. com., 11 juil. 2006, pourvoi n° 04-17.093 ; Contrats conc conso 2006, commentaire n° 248, obs. L. Leveneur.

[94] Cass. 1ère civ., 11 juin 1996, Bull. civ I, n° 245.

[95] V. Ph. Dupichot; *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*.

[96] Cass. 1ère civ., 16 juil. 1998, *JCP éd. G* 1999, II, 10000 ; *JCP éd. E* 1999, p. 129, note B. Fages. V. la solution antérieure plus réservée : Cass. com., 9 juin 1987, *Bull. civ.* IV, n° 137. Comp., en matière de prêt, Cass. 1ère civ., 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 57 ; *Defrénois* 1995, p. 749, obs. Ph. Delebecque : manque à son obligation de bonne foi le banquier qui, ayant bénéficié du droit d'exiger la déchéance du terme, n'a pas poursuivi immédiatement l'exécution de l'obligation de remboursement et n'a intenté une procédure de saisie que six ans plus tard pour le seul montant des intérêts et pénalités de retard, en ayant obtenu auparavant paiement du capital par l'emprunteur.

De ces devoirs, on pourrait rapprocher celui pesant depuis peu sur le cofidéjusseur d'informer ses cofidéjusseurs de la révocation de son engagement sous peine d'engager sa responsabilité envers ceux-ci : Cass. 1ère civ., 7 déc. 1999, *JCP éd. E* 2000, n° 13, p. 561, concl. J. Sainte-Rose.

[97] Jurisprudence constante depuis Cass. 1ère civ., 24 novembre 1954, JCP 1955, II, 8565, note H. B.

[98] Art. L. 121-20-3 al. 4 "*Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci*". Pour une critique de l'extension de cette disposition à tous les vendeurs à distance que le contrat soit conclu en ligne ou non, Voir Fenouillet, RDC 2004, p 961.